

A CONVENÇÃO Nº 158 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO E O FERIMENTO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Luiz Alberto David Araujo

Doutor em Direito Constitucional e Professor de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, da Instituição Toledo de Ensino (Bauru) e do CPC - Curso Preparatório para Concursos.

Apesar de convivermos com uma seqüência infundável de normas jurídicas dos mais variados escalões, ainda ficamos surpreendidos com o ingresso no universo jurídico nacional de regras oriundas de Tratados Internacionais (ou atos de natureza assemelhada). Não é preciso afirmar que os atos internacionais que acarretem ônus que forem assinados pelo Poder Executivo, devem ser ratificados pelo Congresso Nacional, por força do inciso I, do artigo 49, da Constituição Federal.

Assim determinou a Lei Maior, como forma de exigir a participação do Poder Executivo (que manifesta o interesse na assinatura do ato) e do Legislativo, que tem autonomia para concordar ou discordar de tal ato. A regra tem como fundamento o artigo segundo da Constituição Federal,

forçando a existência de harmonia no relacionamento entre os Poderes da União, princípio constitucional.

Ainda estamos vivendo a dificuldade de aplicação do Pacto de São José, com a discussão sobre a sua correta aplicação e a extensão de seus preceitos. O Poder Judiciário vem debatendo questões interessantes relativas à aplicação (por exemplo, a permanência em nosso sistema infra-constitucional da figura do depositário infiel. Portando, provoca certo espanto a entrada de norma oriunda de assinatura de tratado ou ato internacional no sistema jurídico nacional.

Voltemos ao tema do estudo.

Em data de 11 de abril de 1.996, foi publicado o Decreto nº 1.855, de 10 de abril do mesmo ano, que promulgou a Convenção nº 158 sobre o Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, de 22 de junho de 1.982.

Formalmente, a norma está em ordem. Passou por todos os estágios de sua produção, tendo sido elaborada de acordo com a fórmula prevista pela Lei Maior. Portanto, passemos a análise da constitucionalidade sob o prisma material.

Para que possamos analisar sistematicamente o conteúdo da Convenção nº 158 em confronto com a Lei Maior, devemos iniciar por uma interpretação teleológica. Trata-se de Convenção cuja finalidade é evitar a perda do posto de emprego sem justo motivo.

O artigo 4 assim disciplina:

“Não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço”.

Ao que parece, neste dispositivo estaria uma eventual incompatibilidade com o texto constitucional, ficando, o restante da Convenção, no que pertine à proteção do emprego como decorrência do vício que será apontado no artigo quarto supracitado.

Vejamos.

O texto constitucional de 1.988, em seu artigo sétimo, parágrafo primeiro, disciplinou da seguinte forma:

“Art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;
.....”

Para analisarmos a matéria, importante determinar a eficácia do dispositivo em questão. O enfoque adequado sob o prisma eficaz dará norte importante para chegarmos à conclusão, ou seja, as normas da Convenção encontram ou não suporte material na Lei Maior.

A regra do artigo sétimo, inciso primeiro, nos dizeres de José Afonso da Silva (cf. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª edição, 1982) é de norma de eficácia limitada.

Enquanto não prolatada a norma protetora (lei complementar), o direito elencado produz apenas alguns efeitos. Não significa que a norma é destituída de eficácia jurídica. Ela apresenta um grau reduzido de eficácia. Será, no entanto, tal eficácia reforçada quando da edição da mencionada lei complementar.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal, apreciando a eficácia do artigo 37, inciso VII, da Constituição Federal, entendeu que o direito de greve dos funcionários públicos dependeria da edição da espécie normativa (lei complementar) prevista no texto constitucional.

A classificação adotada pelo Pretório Excelso foi a mesma do ilustre publicista (cf. Mandado de Injunção nº 438-2 GO - S. Plenária - j. 11.11.94, Rel. Min. Néri da Silveira, DJU 16.6.95, in RT 723, p. 231-238). Assim, entendeu a Corte Suprema que a regra do inciso VII, do artigo 37 da Constituição Federal era de eficácia limitada, dependendo, para integralidade da produção de seus efeitos, da norma integrativa.

Portanto, devemos partir da idéia de que se trata de uma norma de eficácia limitada.

É verdade que o constituinte de 1.988, justamente para não deixar o trabalhador sem nenhuma proteção enquanto não elaborada a lei complementar prevista, tratou de disciplinar o tema, provisoriamente, sob o artigo 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, determinando proteção quatro vezes maior do que a existente à época. Sem esta proteção provisória, o direito ficaria dependendo da lei complementar a ser editada.

Mas, como visto, a norma de eficácia limitada produz alguns efeitos, mesmo sem a produção da norma integrativa: vincula o legislador infra-constitucional, revoga a legislação infra-constitucional contrária ao princípio anunciado e vincula a administração e o Poder Judiciário na interpretação do direito.

A norma constitucional do artigo sétimo, inciso I, assim, já produziu alguns efeitos. Dentre eles, a garantia de que o empregador poderia dispensar o empregado sem justa causa ou arbitrariamente, desde que pagasse uma indenização a ser fixada em lei complementar (sem prejuízo de outros direitos fixados em lei complementar).

Portanto, o pouco de eficácia que a norma já apresenta (mesmo sem qualquer legislação integrativa) faz com que cheguemos a conclusão de que o posto de trabalho não é protegido de forma plena, mas que é garantido por uma indenização em caso de sua perda.

Independentemente de legislação infra-constitucional, pode-se afirmar que o direito a proteção do posto de trabalho está garantido. Tal garantia se revestirá de uma indenização, além de outros direitos.

Qual seria o conteúdo da lei complementar? Poderia ela dificultar a despedida arbitrária ou sem justa causa? Inegavelmente, poderia. O conceito de despedida arbitrária ou de despedida sem justa causa poderia ser determinado pela lei complementar, sem, no entanto, retirar-lhe o conteúdo.

No entanto, pelos dizeres do texto constitucional, a possibilidade de dispensa sem justa causa ou arbitrária e a hipótese de indenização estão já

presentes, mesmo sem qualquer legislação integrativa. A regra do inciso I, artigo sétimo da Constituição Federal, traz a possibilidade de despedida arbitrária ou sem justa causa. Traz também, é verdade, uma sanção, pela via da indenização, por tal ato. A proteção do emprego se constituiria em uma indenização maior ou menor, sem prejuízo de outros direitos.

Portanto, o texto constitucional trouxe presente a possibilidade de despedida arbitrária ou sem justa causa. Interpretar de forma diferente é quebrar o espírito do constituinte. Tanto que a lei complementar poderá disciplinar hipóteses, sempre tendo presente a possibilidade de demissão arbitrária. Há sanção? Deverá (a indenização) ser maior ou menor, sempre dependendo da lei complementar.

A despedida injusta ou arbitrária é possibilidade presente em nosso sistema. A sanção por tal ato deverá ser estabelecida em lei complementar. A referida espécie normativa, no entanto, nunca poderá tolher a possibilidade de despedida injusta ou arbitrária. Deve fixar sanção, não impedindo a sua realização.

A Lei Maior, sem a lei complementar, já deixa claro um direito: a possibilidade de dispensa do empregado sem justa causa ou de forma arbitrária. Com a lei complementar, haverá uma indenização. A lei complementar, portanto, pode dificultar a despedida (nunca evitá-la), fixando indenização e outros direitos.

Resumindo: o posto de trabalho está protegido pelo artigo sétimo, inciso I, da Constituição Federal. Em que consiste tal proteção? Consiste no pagamento de uma indenização (maior ou menor, dependendo da lei complementar) a ser paga para o empregado que perdeu a empregabilidade (ou o posto de trabalho), além de outros direitos que serão fixados sempre na lei complementar. A estabilidade, portanto, não é garantida. O que é garantida é a indenização. Além da indenização, a lei complementar poderá fixar outros direitos como compensação pela perda do posto de trabalho. Nunca a impossibilidade de perda do posto de trabalho, portanto. Quando o constituinte pretendeu garantir a estabilidade, tratou de determinar especificamente, como se pode verificar da regra do artigo oitavo, inciso VIII

(estabilidade do dirigente sindical).

Verificado o prisma constitucional, vamos retomar a análise do artigo quarto, da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho:

“Não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço”.

Ao impedir que haja demissão sem justa causa (entendida esta como a possibilidade de demissão sem qualquer justificativa), o artigo quarto da Convenção nº 158 feriu a possibilidade de demissão prevista no texto constitucional.

A idéia de “causa justificada” fere o comando constitucional que prevê a possibilidade de dispensa. O plano constitucional (hierarquicamente superior ao Decreto e ao Decreto-legislativo - instrumentos que formalizaram o ingresso na Convenção na ordem jurídica nacional) fixa possibilidade de dispensa (desde que com indenização). A Convenção fala em dispensa desde que com “causa justificada”. O conteúdo da norma infra-constitucional retira possibilidade presente na Lei Magna.

A Lei Maior fala em possibilidade de dispensa desde que com indenização. A norma infra-constitucional fala em dispensa apenas com “causa justificada” o que fere o texto constitucional, portanto.

Desta forma, ao retirar a possibilidade de demissão sem justa causa, o artigo quarto, da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho feriu a Constituição Federal. Tornou a norma contida no inciso I, do artigo sétimo, de eficácia limitada para eficácia plena, ou seja, tornou impossível a demissão sem justa causa. Retirou, portanto, característico próprio da norma constitucional.

Ao retirar a possibilidade de dispensa, prevista na Constituição Federal, a regra convencional modificou o conteúdo da Lei Maior. Assim, não complementou o texto constitucional, mas modificou seu conteúdo, retirando-lhe faculdade que estava nele prevista.

Por fim, o artigo décimo da referida Convenção deve ser analisado:

Vejamos sua dicção:

“Se os organismos mencionados no artigo 8 da presente Convenção chegarem à conclusão de que o término da relação de trabalho é justificado¹ e se, em virtude da legislação e prática nacionais, esses organismos não estiverem habilitados ou não considerarem possível, devido às circunstâncias, anular o término e, eventualmente, ordenar ou propor a readmissão do trabalhador, terão a faculdade de ordenar o pagamento de uma indenização adequada ou outra reparação que for considerada apropriada”.

Mesmo que se admitisse que o artigo quarto, da referida Convenção fosse constitucional, haveria a barreira da inconstitucionalidade do artigo décimo.

Em primeiro lugar, o artigo oitavo da referida Convenção explicita os organismos que poderiam atuar na situação de discutir a reintegração do empregado demitido sem justa causa ou na fixação de sua indenização.

Estaria habilitado, o Poder Judiciário, para reintegrar o empregado? A resposta seria negativa. E isto porque a matéria, como já visto, é inconstitucional. Sendo inconstitucional, não poderia o Poder Judiciário determinar a reintegração. Não estaria, portanto, habilitado, por ser o aparato legislativo inconstitucional. Poderia, então, determinar uma indenização, como determina o artigo décimo da mencionada Convenção? A resposta deve ser negativa, já que, pela Constituição Federal, a indenização é matéria de reserva legal através da espécie normativa lei complementar.

Portanto, o Poder Judiciário não está habilitado (porque a Constituição Federal não garantiu o emprego, mas a indenização por lei complementar pela sua perda) para reintegrar o empregado, diante da possibilidade constitucional da dispensa. E não poderá, tampouco, determinar qualquer indenização, já que, por força constitucional, a questão só poderá ser resolvida pelo Poder

¹ O decreto fala na expressão “justificado”. Entendemos, no entanto, que a expressão correta seria “injustificado” o que faria sentido no contexto.

Legislativo, através da espécie normativa lei complementar

Ao determinar que os organismos (Poder Judiciário) poderiam fixar a indenização, a Convenção nº 158 estaria quebrando a regra do artigo segundo da Lei Maior, que garante a separação de poderes. A tarefa, pela Constituição Federal ficou reservada ao Poder Legislativo, não ao Poder Judiciário.

Por fim, uma observação. Poderia, a mesma matéria veiculada pela Convenção, que ingressou com *status* de lei ordinária, ser veiculada por lei complementar? A resposta só pode ser negativa, já que a Constituição Federal pressupõe a possibilidade de dispensa do posto de emprego. O que está garantido (com a edição da lei complementar) é a indenização, não o emprego, como já afirmado.

A discussão, portanto, se a Convenção ingressou como lei complementar ou lei ordinária perde qualquer sentido, *data venia*, já que há impossibilidade constitucional de discussão de tal tema. A Constituição Federal não permite a discussão legislativa sobre proteção integral ou não do posto de trabalho. Permite, por lei complementar, a fixação de uma indenização e de outros direitos, sempre preservando a possibilidade de dispensa do empregado sem justa causa.

No entanto, apenas a título de ilustração, quando a Lei Maior fixou o critério da Lei Complementar, determinou que o Poder Legislativo se manifestasse sobre o tema com a expressiva maioria fixada no artigo 69 (maioria absoluta). O decreto-legislativo, que referendou o ato do Poder Executivo, foi deliberado por quorum de maioria simples, nos termos do artigo 47 da Constituição Federal.

Portanto, sob qualquer prisma que se verifique o tema, estaríamos diante de uma inconstitucionalidade. Quer porque a Convenção não encontra fundamento de validade na Constituição Federal, quer porque, se houvesse discussão, deveria ela ser por lei complementar, espécie normativa que exige maioria absoluta para sua aprovação e não por manifestação singela do Poder Legislativo, como no caso da Convenção.

Assim, entendemos que a Convenção, no que pertine ao artigo quarto e décimo é inconstitucional, não podendo produzir qualquer efeito.

BIBLIOGRAFIA

SILVA, José Afonso da. - *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, RT, 1982, São Paulo.